

A quoi sert l'affectio societatis ?
-------------------------------------

L'**affectio societatis** est la volonté commune à plusieurs personnes physiques ou morales de s'associer. C'est un élément caractéristique de la société, ainsi qu'un de ses éléments constitutifs, comme cela apparaît clairement aux articles 1832 et 1833 du Code civil. Cette volonté constitue l'affectio societatis. Autrement dit, l'associé ne doit pas se contenter de faire des apports et d'attendre qu'on lui envoie les comptes sociaux avec sa part dans les bénéfices comme dans les pertes, ce qui serait une attitude passive de sa part. Il doit chercher à faire des bénéfices en participant à la vie de la société.

La doctrine classique définit l'affectio societatis comme une collaboration volontaire, active, intéressée, égalitaire. Le caractère volontaire et actif de la collaboration permet de distinguer la société de certains groupements involontaires tels que le syndicat de copropriété. Le caractère intéressé permet de distinguer la société de l'association. Le caractère égalitaire est quant à lui devenu inexistant : il y a presque toujours des associés majoritaires et des associés minoritaires dans les sociétés.

Une autre définition doctrinale pose l'affectio societatis comme une volonté « d'union » ou une simple convergence d'intérêt.

Une troisième doctrine définit l'affectio societatis comme la volonté qui doit exister au moment de la constitution de la société, matérialisée par le consentement au contrat de société (consentement qui doit, selon cette doctrine, nécessairement exister au moment où la société est créée). Cette conception de l'affectio societatis en tant que consentement au contrat de société est considérée comme plus cohérente que les conceptions de collaboration et de convergence d'intérêt.

La jurisprudence reprend les conceptions doctrinales : la Cour de cassation définit la notion d'affectio societatis comme la volonté implicite ou explicite des associés de collaborer ensemble sur un pied d'égalité à la poursuite de leur intérêt. L'affectio societatis n'a pas la même intensité selon les formes ou les types de sociétés. L'affectio societatis est même absent dans les sociétés à responsabilité limitée unipersonnelles (EURL) étant donné la présence d'un seul associé.

Au sens large, l'affectio societatis permet de constituer un repère temporel pour fixer le point de départ de la période constitutive de la société, dans le cadre des sociétés en formation notamment.

Au sens plus étroit l'existence de la notion d'affectio societatis permet au juge de distinguer le contrat de société d'autres contrats (I), et d'autre part, il a pour effet d'admettre la nullité des sociétés dites fictives (II). A cet égard, La jurisprudence dit que : « lorsque les prétendus associés n'ont aucune intention de s'associer, la société n'a pas de réalité, elle est nulle ».

## **I. L'affectio societatis permet de distinguer le contrat de société d'autres contrats**

L'affectio societatis est un critère de qualification et d'existence du contrat de société, il est utilisé pour distinguer la société de certaines situations. Citons l'indivision ou les contrats de travail, prêt, bail, vente, mandat, franchise, concession, croupier, entreprise, édition, collaboration). Le champ d'étude est vaste et nous choisirons d'étudier dans cette première partie le contrat de travail et l'indivision.

### **A. La distinction entre le contrat de société et le contrat de travail**

La distinction entre le contrat de société et le contrat de travail est en théorie relativement aisée : dans le contrat de travail, il y a un lien de subordination ; celui-ci est exclu dans le contrat de société où les associés doivent être sur un pied d'égalité.

Exemple : lorsque plusieurs personnes travaillent ensemble et n'ont pas fait explicitement de contrat, le juge peut avoir à qualifier la situation qui lui est soumise. Si l'une des personnes a conclu un contrat avec un tiers pour les besoins de l'activité commune et que celui-ci n'a pas payé, les possibilités de recours contre la personne qui a conclu avec le tiers seront différents selon qu'on est en présence d'un contrat de travail ou d'un contrat de société. S'il y a un lien de subordination (contrat de travail), il ne sera pas possible de poursuivre la personne subordonnée, selon le principe qu'un salarié ne peut être tenu des dettes de son employeur. S'il n'y a pas de lien de subordination (contrat de société), la question est alors de savoir quelle est la nature du contrat de société, car –sous certaines conditions- tous les associés sont tenus des dettes contractées pour le fonctionnement de la société.

Ici c'est à travers l'affectio societatis que celle-ci va pouvoir s'opérer. Ainsi, l'affectio societatis, présente dans le contrat de société, suppose une égalité entre les différents protagonistes, égalité qui est bien évidemment totalement absente, exclue, lorsque l'on est en présence d'un lien de subordination. Une fois encore, la nuance peut revêtir un caractère subtil et extrêmement délicat à déterminer. L'intérêt n'en demeure pas moins important lorsqu'il s'agit de faire face à des pertes générées par l'exploitation : alors que l'associé, par nature et selon l'article 1832 du Code civil, qui prohibe par-là les clauses léonines, se doit de contribuer, au moins pour partie, à ces pertes, celui qui n'est lié « que » par un contrat de travail.

### **B. La distinction entre le contrat de société et le contrat d'indivision**

#### **1. Définition**

L'indivision est un état des biens : c'est la situation dans laquelle plusieurs personnes ont ensemble la propriété d'un même bien ou d'un ensemble de biens. Chacun des indivisaires a une fraction du bien de l'ensemble, mais pas de droit privatif sur cette partie.

Société et indivision peuvent être comparées dans la mesure où elles sont toutes les deux des techniques qui autorisent l'appropriation collective des biens.

Exemples : indivision successorale, en cas de décès et présence de plusieurs héritiers (tous les héritiers seront en indivision jusqu'à l'acte de partage qui mettra fin à cette indivision en leur attribuant une part concrète) ; location d'un bateau ou achat d'un immeuble organisés par une convention d'indivision.

## **2. Intérêt de l'analyse**

On distingue essentiellement quatre points de distinction entre le contrat de société et l'indivision :

- L'origine : la société a nécessairement une origine volontaire tandis que l'indivision a généralement une origine légale (on « tombe » en indivision) ; même si depuis la loi de 1976 elle peut aussi être issue d'une convention d'indivision, donc volontaire (on « se met » en indivision).
- La durée : la société a une durée maximale déterminée de 99 ans pouvant être prorogée tandis que l'indivision est un état précaire (« nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision » selon l'article 815 du Code civil, à tout moment un des indivisaires peut demander et provoquer le partage) ; cependant, depuis la loi de 1976 une convention d'indivision peut prévoir une durée maximale renouvelable de cinq ans.
- La gestion : la société a des dirigeants (nommés par les associés mais disposants d'une assez grande autonomie) qui ont le pouvoir d'agir en son nom, tandis que dans l'indivision, la règle est en principe que les décisions sont prises à l'unanimité (chaque indivisaire dispose du droit de veto).
- La personnalité morale : la société est dotée de la personnalité morale, tandis que l'indivision n'est en aucun cas une personne morale, mais une simple hypothèse de copropriété. Les dettes contractées pour les biens indivis sont en principe des dettes personnelles des indivisaires ; cependant, il existe désormais des « créanciers de l'indivision » dont la créance (le « passif de l'indivision ») est née soit avec la création de l'indivision, soit pendant l'indivision en ce qui concerne l'entretien et l'amélioration des biens individuels, et qui peuvent se faire payer sur les biens indivis.

En 1976, une importante réforme du régime de l'indivision a considérablement rapproché l'indivision de la société. Il n'en reste pas moins que société et indivision n'ont pas les mêmes finalités : la société est plus adaptée que l'indivision pour une gestion dynamique tandis que l'indivision est plus adaptée que la société pour une gestion tranquille, patrimoniale, non professionnelle.

Là encore c'est en s'appuyant sur la notion d' affectio societatis que le juge décidera de qualifier le lien juridique qui lui est soumis, en contrat de société ou non. En l'absence de cette collaboration volontaire, active, intéressée et égalitaire, il s'agira d'une situation d'indivision et le régime auquel sont soumises les dettes contractées par exemple, changera du tout au tout.

Notons toutefois que les notions de société et d'indivision peuvent fusionner : des sociétés peuvent être en indivision.

### **1. L'affectio societatis a pour effet d'admettre la nullité des sociétés dites fictives**

La notion d'*affectio societatis* présente surtout un intérêt, comme on l'a vu dans le cadre de sa définition, quant aux problèmes des sociétés fictives et des sociétés créées de fait.

Sur ce point, on peut comprendre l'intérêt des créanciers : ceux-ci préfèrent avoir comme débiteur une société plutôt qu'un particulier, car la société est le plus souvent bien plus solvable qu'un particulier, et, lorsque le débiteur a contracté sa dette pour le compte de la société, les autres associés sont, si la société est commerciale, solidairement responsables du paiement de cette dette.

## **A. Absence d'*affectio societatis* et Société fictive**

### **1. Définition**

Une société est fictive si elle a l'apparence d'une véritable société mais n'est, en fait qu'une façade. La fictivité de la société peut être dénoncée par toute personne y ayant intérêt, et elle peut être prouvée par tout moyen.

La fictivité de la société présente un intérêt certain pour les créanciers personnels des prétendus associés puisque, en droit français, comme l'a clairement exprimé la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 16 juin 1992, une société fictive est « nulle et non inexistante ». La nullité de la société est dérogatoire au régime commun des nullités puisqu'elle n'a pas d'effets rétroactifs et qu'elle se prescrit au bout de trois ans.

Ici, l'*affectio societatis* permet de débusquer les sociétés fictives. Il se peut, en effet, que des personnes fassent semblant de constituer une société, alors qu'il ne s'agit en réalité que de construire une façade destinée à masquer les agissements d'un seul, qui a recours à des prête-noms. L'absence de volonté de s'associer, l'absence de tout intérêt pour la gestion sociale, révèle alors le caractère fictif de la société.

### **2. Illustration jurisprudentielle**

Dans un arrêt rendu le 12 février 1973 par la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation, par exemple, une société avait été créée entre deux personnes et, suite au décès de l'une d'elles, c'est sa veuve qui a repris ses droits sociaux dans la société. La Cour a considéré que la veuve en question n'avait pas l'*affectio societatis*, puisqu'elle n'a jamais souhaité poursuivre l'activité de la société, et qu'elle n'a jamais personnellement participé à l'exploitation du fonds de commerce. La Cour a donc cassé l'arrêt rendu le 9 juin 1971 par la Cour d'appel de Bordeaux qui considérait qu'on était bien en présence d'une véritable société.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt rendu le 13 juillet 1977, a admis que lorsqu'une société comprend deux associés, et que l'un d'entre eux est un prête-nom de l'autre, la société pouvait être considérée comme fictive. Toutefois, en l'espèce, la Cour a considéré que la personne n'était pas un prête-nom, car son *affectio societatis* devait s'apprécier au jour de la création de la société, et qu'elle existait à cette date.

## **B. Société créée de fait ou contrat de société ?**

### **1. Définition**

Une société est dite "créée de fait" :

- soit si, après avoir fonctionné, sa création a été jugée non conforme aux dispositions légales du code de Commerce sur la fondation des sociétés ; dans ce cas, elle est déclarée nulle par un tribunal et elle n'a eu d'existence légale en tant que personne morale ;
- soit si ses fondateurs ont souhaité, délibérément et dès sa formation, ne pas la soumettre aux dispositions légales en précisant les conditions indispensables à l'acquisition de la personnalité morale

La requalification d'une situation donnée en société créée de fait a plusieurs conséquences dont la plus importante est que les associés de cette société sont indéfiniment et solidairement responsables du passif. L'appréciation d'une affectio societatis par le juge prend ici toute son ampleur.

## **2. Illustration jurisprudentielle**

Au titre d'exemple d'une Jurisprudence foisonnant en la matière, on peut relever un arrêt rendu le 9 octobre 1972 par la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation, dans lequel des créanciers d'une personne souhaitent que soit reconnue l'existence d'une société créée de fait entre elle et d'autres personnes, dont M. C HARMASSON.

La Cour a confirmé la décision de la Cour d'appel d'Agen rendue le 13 octobre 1990, qui a, à bon droit, interprété l'écrit imprécis entre les parties pour en déduire qu'il existait entre les parties une affectio societatis, qui résultait d'un engagement de partager les bénéfices et pertes de la société. La société créée de fait existait donc bien, et M. C HARMASSON se voyait solidairement responsable du paiement de la dette contractée par son associé de fait. A noter dans cette affaire que le pourvoi avait été formé par M. C HARMASSON qui refusait de reconnaître l'existence de la société en question. On notera aussi ici l'importance de bien clarifier la situation juridique que l'on souhaite établir par un formalisme précis.

On a également senti la volonté des juges du fonds de préserver la sécurité juridique dans les transactions et plus particulièrement la sécurité des tiers de bonne foi qui croient contracter avec une société créée de fait ou une véritable société, et se rendent compte que la société n'existe pas ou est fictive et se retrouvent créanciers d'un simple particulier qui peut ne pas être solvable

Il faut néanmoins souligner, dans les deux cas ci-dessus, que la nullité dont il est question ici revêt un caractère tout à fait particulier et dérogeant par rapport au droit commun : elle est non-rétroactive. Les actes passés antérieurement à l'annulation sont donc valables, considérés comme réalisés par une société de fait. La dissolution ne vaut que pour l'avenir.

En conclusion, nous pouvons affirmer que l'affectio societatis apparaît donc comme la condition de formation d'une société la plus importante. Pourtant, le droit des sociétés (particulièrement) doit s'adapter en permanence aux différents besoins que l'économie dans son ensemble fait naître et fait évoluer, et de ce fait il est possible d'aborder une limite majeure de cette notion d'affectio societatis.

Ainsi, on a pu observer au cours de ces dernières années la multiplication des OPCVM (Organismes de Placement Collectif en Valeurs Mobilières). Ils ont vocation à être minoritaires de par leur nature. Parmi ceux-ci, qui sont soit des SICAV (Sociétés d'Investissement à Capital Variable) soit des FCP (Fonds Communs de Placement), se dégage la catégorie particulière et actuellement fort médiatique des fonds de pension. Ces derniers collectent des fonds de personnes physiques souhaitant se constituer un capital-retraite, et les investissent dans des sociétés, en recherchant une rentabilité immédiate, ou au moins à très court terme, des fonds investis. Ainsi, ils font pression sur les dirigeants des sociétés en question afin d'obtenir une rentabilité élevée, menaçant de retirer leurs fonds si celle-ci ne leur convient pas. Cette optique semble contraire à un « esprit d'associé », puisque la pérennité de la société n'est alors pas prise en compte, et qu'il s'agit davantage d'une activité de gestion de capital que de la volonté de véritablement participer à une entreprise commune.

De plus, l'avènement de la SAS (Société par Actions Simplifiée), où une très large liberté est laissée quant à l'organisation de la société, et la multiplication des SASU (Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle) et des EURL (Entreprise unipersonnelle à responsabilité Limitée, la version unipersonnelle de la SARL), sociétés qui bénéficient de la possibilité de ne comprendre qu'un associé unique offerte par l'alinéa 2 de l'article 1832 du Code civil, laissent planer des doutes quant à l'obligation d'une « volonté de collaborer d'une façon active et volontaire, consciente et égalitaire en vue de la réalisation en commun du but social. »